This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 943 384
F

EHRENZWEIG

DIE ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

HD
AUS
943
EHR
HARVARD
LAW
LIBRARY
1902

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 15 1932

Austria

LANDSBERG

Die Zahlungsunfähigkeit.

Vortrag, gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft

am 5. März 1902

von

Dr. Armin Ehrenzweig,

a. o. Professor an der Universität Wien.

Wien 1902.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung,

I., Kohlmarkt 20.

Die Zahlungsunfähigkeit.

Vortrag, gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft

am 5. März 1902

von

Dr. Armin Ehrenzweig,

a. o. Professor an der Universität Wien.

Wien 1902.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung,

I, Kohlmarkt 20.

For Tx

Alle Rechte vorbehalten.

JULY 15 - 1932

Macht geht vor Recht — diesen Satz lehrt die Weltgeschichte. Die tägliche Erfahrung lehrt den andern, nicht minder betrübenden Satz: Ohnmacht geht vor Recht.

Macht wird durch Macht überwunden, Ohnmacht ist unüberwindlich. Hier gilt es, die Rückzugslinie des Rechtes zu decken: den Schaden zu meiden, den unvermeidlichen gerecht zu vertheilen. Zu diesem Zwecke bedarf der Einfluß der Zahlungsunfähigkeit auf das materielle Recht der rechtlichen Ordnung.

Das ist das Problem. Die deutsche Civilgesetzgebung hat (wie die unsere) die Lösung fast vollständig der Concursgesetzgebung überlassen. Gewiß mit Unrecht. Denn die wenigsten zahlungsunfähigen Schuldner kommen in Concurs. Die andern befinden sich im sogenannten materiellen Concurse, und doch gilt für sie das materielle Concursrecht nicht. So fällt denn nur auf den Zusammenlauf der Gläubiger das Licht des Gesetzes; der Wettlauf der Gläubiger spielt sich im Schatten ab.

Das ist im französischen Rechte anders. Dort ist das Concursverfahren gesetzlich auf einen so engen Kreis von Schuldnern eingeschränkt, daß eine allgemeine, über den Rahmen dieses Verfahrens hinausgreifende Lösung des Insolvenzproblems von vorneherein unvermeidlich war. Und so finden wir denn im französischen Rechte den Vermögensverfall, die déconfiture, rechtlich geordnet. Diese Ordnung mag ein schlechter Ersatz sein für das Concursverfahren, aber sie ist ein beachtenswerthes Vorbild für die Lösung jenes Theiles des Insolvenzproblems, der sich auch nach unserem Rechte dem Herrschaftsbereiche der Concursordnung entzieht.

An Ansätzen zur Entwicklung eines gemeinen Insolvenzrechtes fehlt es im deutschen und österreichischen Rechte nicht. Rechtsnormen, die den Einfluß der Zahlungsunfähigkeit auf das materielle Recht zunächst nur für den Fall des Concurses bestimmt hatten, haben

da und dort den engen Rahmen des Concursrechtes gesprengt, sie sind gemeines Insolvenzrecht geworden.

So vor allem das Anfechtungsrecht. Schon die actio Pauliana war anfänglich nur für den Fall des Concurses geschaffen; im gemeinen Rechte setzte sie lediglich Zahlungsunfähigkeit voraus — ob der Zahlungsunfähige Cridatar war oder nicht, das war gleichgiltig. Grundlage des geltenden Anfechtungsrechtes ist die Reichsconcursordnung von 1877 — also wieder ein besonderes Anfechtungsrecht für den Concurs. Aber schon im Jahre 1879 wurde durch ein Reichsgesetz die Anfechtung außerhalb des Concurses geregelt, und zwar zu dem ausgesprochenen Zwecke, die concursrechtlichen Anfechtungsnormen soweit als möglich auch außerhalb des Concurses zur Geltung zu bringen. Und bei uns umspannt sachgemäß ein einziges Gesetz das gesammte Anfechtungsrecht.

Einen erheblichen Theil des gemeinen Insolvenzrechtes hat also die Gesetzgebung bereits in Anbau genommen.[1])

Das deutsche Gesetzbuch bedeutet auf diesem Gebiete nur einen mäßigen Fortschritt. Wohl gewährt es dem Gläubiger eine Reihe von Schutzmitteln, die ihm im Falle der Insolvenz zustatten kommen können[2]); aber diese Schutzmittel sind zumeist auf den Fall der Insolvenz nicht besonders zugeschnitten. Zwischen dem zahlungsfähigen und dem unfähigen Schuldner wird regelmäßig kein Unterschied gemacht und so wird nicht selten dem Gläubiger dort zuviel und hier zu wenig Schutz geboten.

Dieser Fehler tritt selbst in jenen wenigen Bestimmungen hervor, die das Gesetzbuch der Concursordnung entlehnt hat. Absonderungsrechte der Concursordnung sind zu gesetzlichen Pfandrechten erweitert worden: §§ 590 (Pfandrecht des Pächters), 647 (Pfandrecht des Unternehmers), 704 (Pfandrecht des Gastwirthes). Es kommt also nicht mehr darauf an, ob sich der Schuldner im Concurse befindet oder nicht — darin liegt ein Fortschritt. Aber es soll auch gleichgiltig sein, ob er zahlungsfähig ist oder nicht — und darin vermag ich einen Fortschritt nicht zu erblicken. Deshalb ist es z. B. nicht gut möglich, die wichtige Frage, ob dem Unternehmer das gesetzliche Pfandrecht auch für nicht fällige Forderungen zustehe, in befriedigender Weise zu entscheiden. Ich habe einem Uhrmacher eine kostbare Uhr zur Ausbesserung übergeben und vereinbart, daß die Rechnung erst sechs Wochen nach Ablieferung der Uhr zu begleichen sei; ich will mich, bevor ich zahle, erst überzeugen, daß die Uhr gut geht. Kann nun der Uhrmacher mit Rücksicht auf das gesetzliche Pfandrecht (§ 647) sich weigern, mir die Uhr ohne sofortige Bezahlung auszufolgen? Planck sagt: ja — es kommt nicht darauf an,

---

[1]) Vgl. ferner W. O. Art. 29, H. G. B. §§ 370, 898, B. G. B. § 773, Z. 4.

[2]) v. Petrażycki, Lehre vom Einkommen, II, S. 514 ff.: „Ueberblick der Waffen, welche der zweite Entwurf dem Gläubiger auf den Fall verleiht, wenn der Schuldner in mißliche Vermögenslage geräth oder sonst nicht imstande ist, zur rechten Zeit seine Schuld zu bezahlen."

„daß die Forderungen aus dem Vertrage fällig sind; es genügt, daß sie überhaupt bestehen".[3]) Dernburg sagt: nein — „das Pfandrecht soll dem Vertrage dienen, nicht seine Bedingungen ändern".[4]) Das ist einleuchtend, aber für den Fall der Zahlungsunfähigkeit wird man sich doch lieber zur Meinung Planck's bekennen, denn da muß die ursprüngliche concursrechtliche Bedeutung des gesetzlichen Pfandrechtes ungeschmälert zur Geltung kommen. Ob man nun de lege lata in dieser Weise unterscheiden darf, will ich dahingestellt sein lassen, de lege ferenda scheint mir die Unterscheidung unabweisbar.

Sieht man von den gesetzlichen Pfandrechten ab, so ist von einem Einflusse der Concursordnung auf das b. G. B. wenig zu bemerken. An wichtigen Bestimmungen des materiellen Concursrechtes, deren Aufnahme in das allgemeine Privatrecht sich auf das dringendste empfohlen hätte, sind die Verfasser des Gesetzbuches achtlos vorbeigegangen. Aber was sie versäumt haben, das kann, glaube ich, nicht vollständig, aber doch in großem Umfange die Rechtsanwendung nachholen.

Alle Bestimmungen, die im Concurse dem einzelnen Gläubiger einen besonderen Schutz gewähren, und zwar einen Schutz, der außerhalb des Concursverfahrens liegt, fordern analoge Anwendung auf alle Fälle der Insolvenz. Sie sind gemeines Insolvenzrecht, in der Concursordnung nur geregelt, um außer Zweifel zu stellen, daß diese Sonderrechte sogar im Concurse wirksam bleiben, trotzdem sie hier in einen Gegensatz gerathen zu dem Grundsatze der par condicio creditorum. Es handelt sich also strenge genommen nicht um Analogie, sondern um ein zwingendes Argument a majori ad minus.

Zu diesen Sonderrechten gehört das Aufrechnungsrecht. Die concursrechtlichen Begünstigungen der Aufrechnung finden ihre Rechtfertigung in der Erwägung, daß für den einzelnen Gläubiger in seiner Schuldverbindlichkeit eine Deckung liegt, die gerade im Falle der Zahlungsunfähigkeit des anderen Theiles die größte Bedeutung erlangt. Mit dem Concursverfahren und mit der Befriedigung der übrigen Gläubiger hat die Aufrechnung nichts zu schaffen. Darin liegt ja das Eigenthümliche der sogenannten Aufrechnung im Concurse, daß sie eine Aufrechnung außerhalb des Concurses ist.

Im deutschen b. G. B. ist die Aufrechnung ganz anders aufgefaßt. Die Civilisten sind nun einmal gewohnt, der Aufrechnung des allgemeinen Civilrechtes eine andere Bedeutung zuzuschreiben als der concursmäßigen Aufrechnung. Ihnen ist die Aufrechnung eine bloße Bequemlichkeit; die Aufrechnung steuert, wie Dernburg sagt, „dem Hin- und Herschicken von Tilgungsmitteln, welches Vergeudung von

[3]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, § 647, Nr. 2.
[4]) Dernburg, Bürgerliches Recht, II, § 323.

Zeit und Kraft wäre". [5]) Das trifft zu für die vertragsmäßige Aufrechnung. Aber Processe führt man nicht aus Bequemlichkeit. Gestritten wird um die Aufrechnung gewöhnlich dann, wenn die hin- und herzuschickenden Tilgungsmittel einfach nicht vorhanden sind. Der Schuldner will aufrechnen, weil er seine Schuld in anderer Weise nicht tilgen kann, oder er will aufrechnen, weil er seine Gegenforderung in anderer Weise nicht hereinbringen kann.

Das sind die Fälle, die der Gesetzgeber in erster Linie zu berücksichtigen hat; das Deutsche Gesetzbuch scheint sie gar nicht ins Auge gefaßt zu haben. Nur so ist es zu erklären, daß das Gesetz die herkömmlichen Aufrechnungshindernisse im wesentlichen beibehalten hat. Klappt es im geringsten nicht, dann muß auf die Aufrechnung eben verzichtet werden; daß damit oft genug nicht etwa blos eine bequemere Art der Befriedigung, sondern die einzig mögliche Befriedigung vereitelt wird — das bleibt unbeachtet.

So wird an dem Erfordernisse der Gleichartigkeit oder (negativ ausgedrückt) an dem impedimentum disparitatis durchwegs festgehalten. Nur im Concursfalle kann der Gläubiger eine Waarenforderung gegen eine Geldforderung seines Schuldners aufrechnen (§ 54, Abs. 4 C. O.). Ist der zahlungsunfähige Schuldner nicht im Concurse, so muß also der Gläubiger die Concurseröffnung durchsetzen, um aufrechnen zu können — er muß die Einleitung eines Verfahrens herbeiführen, das ihn als Aufrechnungsberechtigten gar nichts angeht. Ist aber die Concurseröffnung nicht möglich, dann ist auch die Aufrechnung nicht möglich. Wie das zusammenhängt, ist schlechterdings nicht zu begreifen.

Freilich meinen viele, das Erforderniß der Gleichartigkeit folge aus dem Begriffe der Aufrechnung. Deshalb gelte ja dieses Erforderniß, von dem die römischen Quellen schweigen, zweifellos auch für das römische Recht. [6]) Ich sehe nun nicht ein, wie aus einem Begriffe ein Rechtssatz hervorbrechen kann, den man nicht früher vorsorglich hineingelegt hat, und dann — wenn wir schon vom römischen Rechte absehen, auch im französischen wird ja das Unzulängliche Ereigniß: Waaren, die einen Marktpreis haben, können gegen Geldsummen aufgerechnet werden (Code Napoléon, art. 1291).

Indessen muß nun doch zugegeben werden, daß das impedimentum disparitatis nach deutschem Rechte nicht so gefährlich ist wie nach dem unseren, denn dort hat der Gläubiger zwei Eisen im Feuer: er greift zur Zurückbehaltung, wenn er der Aufrechnung sich nicht bedienen kann. [7])

---

[5]) Dies allein soll der maßgebende ökonomische Gesichtspunkt sein; dem Grundsatze, daß man vom andern nichts fordern soll, was man ihm nicht leistet, schreibt Dernburg lediglich ethische Bedeutung zu. Bürgerliches Recht, II, § 124.

[6]) Windscheid, § 350, Note 8.

[7]) Dabei ist vorausgesetzt, daß Forderung und Gegenforderung auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen (§ 273). Eine weitherzige Praxis begnügt sich mit dem wirthschaftlichen Zusammenhange.

Schlimmer steht es mit dem Erfordernisse der Fälligkeit; denn wenn die Forderung nicht fällig ist, versagen Aufrechnung und Zurückbehaltung zugleich. Nur die Aufrechnung im Concurse schreitet auch über dieses Hinderniß hinweg.[8])

Hier ist nun das argumentum a majori ad minus unabweisbar: Das Aufrechnungsrecht erscheint im Concurse als ein besonderes Deckungsrecht, das sogar von der Concursgläubigerschaft anerkannt werden muß; umsomehr muß es bei gleicher Rechtslage — also wenn der andere Theil zahlungsunfähig ist — zur Geltung kommen, wo ein Concursverfahren nicht stattfindet. Es hat einen guten Sinn, die Aufrechnung im Concurse weitgehenden Einschränkungen zu unterwerfen, wie dies z. B. im englischen Rechte der Fall ist.[9]) Der entgegengesetzte Vorgang hat gar keinen Sinn. Es ist daher folgende Regel aufzustellen: Gegenüber jedem zahlungsunfähigen Schuldner ist Aufrechnung in dem Umfange zuzulassen, in welchem die Aufrechnung im Falle der Concurseröffnung zulässig wäre.

Das deutsche Gesetzbuch hat, nicht zufrieden mit den bisher erörterten Hindernissen, dem Gläubiger-Schuldner den Brotkorb der Aufrechnung noch ein wenig höher gehängt. § 393: „Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig." Da haben wir also das impedimentum criminis. Es ist entschieden zu billigen, und zwar gerade im Hinblicke auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit. Der Gläubiger soll nicht in Versuchung kommen, eine uneinbringliche Forderung dazu auszunützen, um dem Schuldner ohne weiteren eigenen Nachtheil vorsätzlich Schaden zuzufügen. Der zahlungsunfähige Schuldner soll nicht seinen Gläubigern gegenüber civilrechtlich vogelfrei sein. Die Gesetzesverfasser scheinen freilich den nach dieser Richtung weisenden civilpolitischen Werth des Paragraphen gar nicht bemerkt zu haben. „Daß die Versagung des Compensationsrechtes", heißt es in den Motiven (II, S. 112), „in Rücksicht auf den Concursfall von sehr eingreifender Wirkung sein kann, erscheint unerheblich." Augenscheinlich halten die Verfasser den Fall der Zahlungsunfähigkeit für im wesentlichen identisch mit dem Concursfalle; die Wirkung aber — theilweise oder gänzliche Uneinbringlichkeit der Gegenforderung — kann man doch nicht wohl als unerheblich hinstellen. Sie ist sehr erheblich, aber durchaus gerechtfertigt.

---

[8]) Auch nach französischem Rechte ist Fälligkeit Voraussetzung der Aufrechnung. Aber dort gilt die wichtige Regel, daß der Gläubiger die Forderung als fällig behandeln kann, wenn der Schuldner in Verfall der Nahrung (déconfiture) gerathen ist. Was bei uns Concursrecht ist, ist eben dort gemeines Insolvenzrecht. Zachariä-Crome, II, § 283, Note 8.

[9]) Set-off takes that asset and uses it to pay one creditor, perhaps, twenty shillings in the pound, in preference to the others. This is contrary to the first principles of bankruptcy law (Encyclopaedia of the laws of England, I, p. 517).

Je billigenswerther nun diese, desto verwerflicher ist die folgende weitgehende Einschränkung des Aufrechnungsrechtes. § 394: „Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt." Es ist schon behauptet worden, daß dieser Rechtssatz — als verstände er sich völlig von selbst — auch für das österreichische Recht zu gelten habe.[10]) Deshalb will ich die Gelegenheit nicht unbenützt lassen, ihn etwas schärfer ins Auge zu fassen.

Die Vorschrift des § 394 ist ein Kind aus der bekanntlich sehr fruchtbaren Ehe des Doctrinarismus mit der Socialpolitik, aus der Verbindung des Wassers mit dem „Oel". Die Rechtslogik, meint man, fordere, daß die Aufrechnung als eine auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhende, dem Gläubiger aufgezwungene Befriedigung, gewissermaßen als „Selbstexecution" überall ausgeschlossen werde, wo das Gesetz die Execution versagt.[11]) Und nun bemerkt man mit großer Befriedigung, daß diese Forderung zugleich den Schutz des wirthschaftlich Schwächeren verstärke, also auch socialpolitisch werthvoll sei.

Was nun die Rechtslogik betrifft, so muß es Verdacht erwecken, daß schon § 394 eine Ausnahme zuläßt, eine andere sieht Art. 81 Einf. Ges. vor, eine dritte statuiren für das Gesinderecht die Ausführungsgesetze.

Was aber den wirthschaftlich Schwächeren betrifft, so wird es genügen, auf den merkwürdigen Gegensatz zu verweisen, in welchen unser § 394 zu einem wirklich socialpolitischen Gesetze, zur Gewerbeordnung, gerathen ist.

Die Gewerbeordnung gestattet (§ 115) den Gewerbetreibenden, ihren Arbeitern Lebensmittel, Wohnung, Landnutzung, Feuerung, Beleuchtung, Werkzeuge u. a. „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung" zu verabfolgen. Schreibt man nun dem Aufrechnungsverbote des § 394 zwingenden Charakter zu[12]), so ist dieser im eigenen Interesse der Arbeiter gestattete Vorgang fortan unzulässig; eine Wohlfahrtseinrichtung ist vereitelt, soweit sie sich nicht etwa auf beschwerlichem Umwege[13]) noch durchzusetzen vermag.

Nach der Gewerbeordnung konnte ferner die Hereinbringung von Vertragsstrafen durch Lohnabzüge in der Arbeitsordnung vorge-

---

[10]) v. Schuster-Bonnott, Grundriß des Obligationenrechtes, S. 41.

[11]) Motive, II, S. 113.

[12]) Dafür — aus guten Gründen — die meisten Schriftsteller. Vergl. z. B. Fuld, Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen, in Seuffert's Bl. f. Rechtsanwendung, 1901, S. 77 ff., und Schmelzle, Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen und Zurückbehaltungsrecht, ebendort, S. 289 ff. Die im Texte berührten unbrauchbaren Ergebnisse dieser Auffassung sind allerdings ein starkes Argument für die entgegengesetzte Meinung. Vergl. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 348.

[13]) An Stelle der Aufrechnung könnte etwa gelegentlich die (nicht verbotene) Leistung an Erfüllungsstatt treten. Burchard, Streitfragen des Arbeitsvertrages, Juristenzeitung, 1900, S. 262 ff.

sehen werden.[14]) Dieser Weg wäre nun durch § 394 verschlossen. „Es ist abzuwarten", heißt es in einem Aufsatze aus dem Jahre 1900[15]), „wie sich die Praxis hiemit abfinden wird und ob entweder die Umgehung des Aufrechnungsverbotes oder die Entlassung des Arbeiters, der die Strafe pünktlich zu zahlen versäumt, häufig versucht werden wird. Gegen die Umgehung gibt es für den Richter Mittel genug, aber es wird oft an Klägern fehlen; die Entlassung kann in der Arbeitsordnung für den Fall der Zahlungssäumniß angedroht werden, da hierin nichts Ungesetzliches liegt."

Statt der Aufrechnung die Entlassung! Das ist, wie mir scheint, eine ernste Mahnung an die Grenzen der socialpolitischen Gesetzgebung, an jene Grenzen, deren Ueberschreitung dem wirthschaftlich Schwächeren nur zum Nachtheile gereichen kann.[16])

Manche Schriftsteller sind freilich der Ansicht, daß die gewerberechtlichen Bestimmungen über die Aufrechnung durch § 394 nicht beseitigt sind: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Also die bedenklichsten Fälle der Aufrechnung sollen fortan begünstigt und nur die bisher für selbstverständlich und unbedenklich gehaltenen verboten sein. Dahin gehört z. B. der Fall, daß der Arbeiter das Arbeitsproduct oder die Arbeitsgeräthschaften schuldhafter Weise beschädigt hat. Solange der Arbeiter auf dem Standpunkte steht, daß ihm gegen den Arbeitgeber nicht ein Unterhaltsanspruch zusteht, der von seinen Leistungen unabhängig wäre, sondern ein Lohnanspruch, daß er also den Lohn durch entsprechende Leistungen verdienen muß, solange wird er die Aufrechnung des Schadenersatzanspruches gegen den Lohnanspruch nicht beanständen können. Er hat seinen Lohn gewiß nicht verdient, wenn er bei der Arbeit mehr Schaden angerichtet hat, als die Arbeit werth ist. Und doch muß nach § 394 der Lohn baar ausgezahlt werden, die Aufrechnung der Schadenersatzforderung ist unzulässig! Es ist daher als eine wesentliche Verbesserung zu begrüßen, daß der ungarische Entwurf von dem Aufrechnungsverbote wenigstens connexe Forderungen ausnimmt: „Gegen eine Forderung, die nicht

---

[14]) Gew. Ordg. § 134 b, vergl. auch § 119 a, § 134, Abs. 2.

[15]) v. Frankenberg, Ist Abzug der Ordnungsstrafe vom Lohne zulässig? Juristenzeitung, 1900, S. 91 f.

[16]) Ein actuelles Beispiel: Art. 60 des österreichischen Entwurfes, betreffend den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen, gewährt den Handlungsgehilfen den Fortbezug des Gehaltes für die Zeit der Waffenübung. Als Dispositivnorm wäre der Rechtssatz nicht zu beanständen, aber er soll zwingendes Recht sein. Für den Principal, dem der Rechtssatz nicht paßt, gibt es also nur noch ein Auskunftsmittel: militärpflichtige Gehilfen nicht anzustellen. Diesen Ausweg will der Entwurf offen halten: Der Principal darf bei der Aufnahme in den Dienst nicht durch falsche Angaben über die Militärpflicht irregeführt werden. Da hätten wir also statt der zeitweisen Sistirung des Gehaltes die Nichtanstellung, die Zurücksetzung des wehrpflichtigen Gehilfen im Wettbewerbe um freiwerdende Stellen.

pfändbar ist, kann nur eine solche Gegenforderung aufgerechnet werden, die demselben Rechtsgrunde entspringt" (§ 1311).

Am besten aber wäre es wohl gewesen, von dem Aufrechnungsverbote ganz abzusehen. Nur zwei Einschränkungen der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen sind nothwendig; diese aber sind so nothwendig, daß ihre Geltung auch für das österreichische Recht behauptet werden muß: einmal die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Unterhaltsansprüchen, dann die Unzulässigkeit der Aufrechnung von durch Abtretung erworbenen Forderungen gegenüber unpfändbaren Ansprüchen.[17])

Die lapidare Norm des § 394 schießt also weit übers Ziel hinaus — sie ist undurchführbar, und die deutsche Praxis ist denn auch redlich bemüht, um sie irgendwie herumzukommen. Oft — aber nicht ausschließlich — bedient sie sich zu diesem Zwecke, einer Anregung Dernburg's folgend, des Zurückbehaltungsrechtes.

Die Aufrechnung ist gegenüber unpfändbaren Forderungen unzulässig; um so gewisser, sollte man meinen, müßte ihnen gegenüber das Zurückbehaltungsrecht unstatthaft sein. Das ist aber nicht der Fall, und diese Discrepanz wird zur Umgehung des Aufrechnungsverbotes benützt. Dazu bedarf es nur noch eines kleinen Zauberkunststückes, dessen Erfinder Dernburg[18]) ist. Das Zurückbehaltungsrecht bezweckt Leistung Zug um Zug (§ 274). „Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten." Der Gedankengang ist nun folgender:

Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen ist unzulässig, Zurückbehaltung ist zulässig, Zurückbehaltung „gestaltet" sich aber bei gleichartigen Forderungen zur Aufrechnung, folglich ist Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen zulässig.

Diese Lehre wurde von der Praxis dankbar aufgenommen. Sie bedarf keiner Widerlegung. Es handelt sich ja offenbar nur darum, in der auch anderwärts bekannten Weise die gewohnheitsrechtliche Beseitigung eines undurchführbaren Rechtssatzes anzubahnen.

Das österr. b. G. B. lehnt im § 471 das Zurückbehaltungsrecht ab. Das Zurückbehaltungsrecht hatte nämlich im Westgalizischen Gesetzbuche Anerkennung gefunden. Nun wurde es von den galizischen Pächtern dazu mißbraucht, um sich unter Vorschützung von Gegenforderungen nach Ablauf der Pachtdauer im Besitze der Pachtgrundstücke zu behaupten.[19]) Und deshalb schaffte man das Zurückbehaltungsrecht frischweg ab!

Die deutsche Gesetzgebung stand derselben Schwierigkeit gegenüber[20]), aber sie fand auch die einzig richtige Lösung, und dazu gehörte

---

[17]) Krainz, System, dritte Auflage, § 348, Note 13 a.

[18]) Bürgerliches Recht, II, § 59, vergl. auch § 128, S. 292.

[19]) Erinnerung Pratobevera's in der Sitzung vom 10. August 1807. Ofner, Prot., II, S. 380.

[20]) Prot. der zweiten Lesung, II, S. 189.

nicht einmal besonderer Scharfsinn. Das Zurückbehaltungsrecht wurde nämlich im § 273 allgemein anerkannt, im § 556 aber ausnahmsweise den Mietern (und Pächtern: § 581) von Grundstücken versagt.

Leider kommt der doctrinäre Zug, der das deutsche Gesetzbuch charakterisirt, auch beim Zurückbehaltungsrecht zur Geltung. Das Gesetz spricht nämlich nicht etwa von der Zurückbehaltung von Sachen, vielmehr soll die „Leistung", das Thun oder Nichtthun des Schuldners (§§ 194, 241), zurückbehalten werden. Versucht man, mit diesem unglücklichen Einfalle Ernst zu machen, so gelangt man zu den wunderbarsten Ergebnissen. Aus Thun wird Nichtthun, aus Nichtthun Thun.

Die Zurückhaltung des Thuns erinnert an das Märchen vom Dornröschen. Der Koch, der den Küchenjungen züchtigen soll, bleibt mit erhobener Hand stehen: sein Lohn ist eben fällig geworden. Und die Köchin, die das schwarze Huhn rupfen soll, läßt es im gleichen Augenblicke ungerupft in den Schoß sinken, und nun wird alles so still, daß man den eigenen Athem hören könnte . . . nein, so still geht es im Märchen von der Retention nicht zu. Denn auch die Unterlassungen werden verweigert. Der aus dem Pandektencolleg bekannte Nachbar beginnt also wieder Clavier zu spielen, die unbezahlten Handlungsgehilfen verkünden in öffentlichen Vorträgen die Geschäftsgeheimnisse, sie machen Geschäfte für eigene Rechnung, und das geht so fort, bis jedem nach § 273, Abs. 3 Sicherheit geleistet wird.

Petrażycki[21]) erläutert den § 273 durch das oftcitirte Beispiel vom verhungerten Pferde: „A hat von B ein Pferd zur Aufbewahrung und Pflege gegen monatliche Vergütung von 30 Mark bekommen. Aus dem § 230 (jetzt 273) ergibt sich nun, daß A, nachdem er einen fälligen Anspruch auf 30 Mark erlangt hat, die Fütterung und sonstige Pflege des Pferdes verweigern kann. Gleichzeitig ergibt sich aber aus dem § 230 (273), daß er auch das Pferd herauszugeben, damit es vom Hungertode gerettet wird, nicht verpflichtet ist."

Selbstverständlich werden in Lehre und Uebung diese abenteuerlichen Folgerungen nicht gezogen. Man beruft sich auf die im Gesetze selbst enthaltene Einschränkung: „insofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt." Dieser Bedingungssatz war freilich — nach der Absicht der Gesetzesverfasser[22]) — nur darauf berechnet, dem vorleistungspflichtigen Schuldner das Zurückbehaltungsrecht zu versagen; aber gegenwärtig dient er gleichsam als Schutzvorrichtung, als „Bahnräumer", dazu, alle Fälle glatt aus dem Wege zu räumen, auf die das Gesetz nicht paßt. Bei den Unterlassungen und zumeist auch bei den auf facere gerichteten Verbindlichkeiten ergibt sich der vernünftigen Erwägung des Richters „ein Anderes". Deshalb hat sich der ungarische

[21]) A. a. O. S. 520.
[22]) Prot., I, S. 312.

Entwurf durch das deutsche Gesetzbuch nicht irre machen lassen. Er kennt nur die Zurückbehaltung von Sachen und Geldsummen (§ 1161).

Daß das Zurückbehaltungsrecht ebenso wie die Aufrechnung einen fälligen Anspruch voraussetzt, wurde schon erwähnt. Dieses Erforderniß ist für beide Rechtsmittel am Platze gegenüber zahlungsfähigen Schuldnern. Gegenüber dem zahlungsunfähigen Schuldner hätte davon abgesehen werden sollen. Hier ist das Zurückbehaltungsrecht zumeist das einzige Rettungsmittel für die gefährdete Forderung, und da darf es auf den Fälligkeitstermin nicht ankommen. Die Feuerwehr bestellt man ja auch nicht für einen bestimmten Tag, sie muß erscheinen, wenn es eben brennt, je früher je besser.

Den Verfassern des Handelsgesetzbuches (§ 370) war das vollkommen klar, und der treffliche schweizerische Vorentwurf (§ 876) folgt ihrem Beispiele: „Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat der Gläubiger das Retentionsrecht auch wegen nicht fälliger Forderungen."[23])

Als eine besonders geregelte Art des Zurückbehaltungsrechtes erscheint im deutschen Gesetzbuche ein Sicherungsmittel, das auch dem österreichischen bekannt ist: die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320). Zu dieser Einrede hat die zweite Lesung im § 321 ein merkwürdiges Seitenstück geschaffen, die Einrede der verschlechterten Vermögensverhältnisse:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird."

Ein Kaufmann hat sich verpflichtet, einem Krämer Waaren auf Credit zu liefern. Vor der Lieferung erfährt er, daß gegen den Krämer von dritter Seite fruchtlos Execution geführt worden sei. Daraufhin entzieht er dem Krämer den gewährten Credit, er erklärt, daß er gemäß § 321 die Waare nur gegen bare Bezahlung oder entsprechende Sicherheit liefern wollte. Das wäre recht schön. Aber nun entgegnet der Krämer, daß er schon zur Zeit der Creditzusage zahlungsunfähig gewesen sei, und mit dieser eleganten Einwendung muß er nach § 321 durchdringen.

§ 321 knüpft nämlich — wie der verwandte § 610 (Widerruflichkeit der Darlehenszusage bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Creditnehmers) — an die alte clausula rebus sic

[23]) Das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches und des schweizerischen Vorentwurfes ist freilich anders geartet als das Zurückbehaltungsrecht des deutschen Gesetzbuches und des ungarischen Entwurfes. Es ist eine schärfere Waffe. Aber liegt darin ein Grund, den Gebrauch an leichtere Bedingungen zu binden?

stantibus an, der jedoch eine möglichst enge, objective Fassung gegeben wird.[24]) Wohl wurde beantragt, dem Creditgeber den Schutz auch für den Fall zu gewähren, daß die ungünstige Vermögenslage schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden war, dem Creditgeber aber trotz angewandter Sorgfalt unbekannt blieb. Aber dieser Antrag wurde abgelehnt: „Wenn derjenige, der eine Vorleistungspflicht übernehme, zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Umstände nicht gekannt habe, die ihn, wenn sie ihm bekannt gewesen wären, von der Uebernahme jener Verpflichtung abgehalten haben würden, so läge an sich ein Irrthum im Beweggrunde vor, welcher die Giltigkeit des Vertrages nicht berühre. Eine Ausnahme von der Regel der Einflußlosigkeit eines solchen Irrthums zu machen, bestehe kein Grund."[25])

Die Minorität ist jedoch mit ihrem verständigen Antrage durchgedrungen — im ungarischen Entwurfe (§ 1159). Nach dem ungarischen Entwurfe entscheidet der Vermögensstand zur Zeit der Erfüllung (Vorleistung), nicht zur Zeit des Vertragsabschlusses; dem Gläubiger steht jedoch das Recht, die Vorleistung zu verweigern, dann nicht zu, „wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse der andern Partei bei Abschluß des Vertrages schon gekannt hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen können".[26])

Die deutsche Praxis aber ist auch hier zur Selbsthilfe geschritten. Sie zieht kein argumentum a contrario aus § 321 und wendet die Regel der Einflußlosigkeit des Motivirrthumes nur auf die Irrthümer der Gesetzesmotive an. Auf Grund des § 119 B. G. B. berücksichtigt sie den Irrthum über die Zahlungsunfähigkeit.[27]) Das Gesetz bietet ihr freilich auch an dieser Stelle keinen rechten Anhaltspunkt, aber — wie Leonhard[28]) treffend bemerkt — „an elastischen termini technici, mit denen sich jede Entscheidung rechtfertigen läßt, fehlt es ... im Gesetzestexte nicht".

Schließlich möchte ich unter den Rechten, die dem Gläubiger im Nothfalle zustatten kommen können, das Rücktrittsrecht des § 326 nicht unerwähnt lassen. Die bekannten, den Verzug betreffenden Normen des Handelsgesetzbuches sind in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Sie beherrschen nicht mehr blos den Handelskauf, sondern

---

[24]) Prot., I, S. 631 f., vgl. Mot., II, S. 315.

[25]) Prot., I, S. 632.

[26]) Dagegen ist § 775, Z. 1 des deutschen G. B. in den ungarischen Entwurf (§ 1243, Z. 2) ohne sachliche Aenderung übergegangen. Es genügt also nicht, daß „ein gegründetes Besorgniß der Zahlungsunfähigkeit" dargethan wird (§ 1365 a. b. G. B.); vielmehr muß der Befreiung fordernde Bürge beweisen, daß sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners nach der Uebernahme der Bürgschaft verschlechtert haben — ἐγγύα, πάρα δ'ἄτη.

[27]) Hugo Türk, Der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Vertragsschlusse nach dem B. G. B., in Gruchot's Beiträgen, XXXXIII, S. 549 ff.

[28]) Der Allgemeine Theil, S. 499.

weithin das ganze große Gebiet der gegenseitigen Verträge.[29]) Ueberall gibt der Verzug des Schuldners — unter bestimmten Voraussetzungen — das dreifache Wahlrecht: Der Gläubiger kann Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

So stellt denn das deutsche Gesetzbuch dem Gläubiger für den Fall der Zahlungsunfähigkeit eine ganze Reihe von Waffen zur Verfügung: gesetzliche Pfandrechte, Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Einrede der verschlechterten Vermögensverhältnisse, Rücktritt. Mehrere von diesen Waffen sind so fehlerhaft construirt, daß sie im Ernstfalle leicht versagen. Aber die Praxis vermag manchen Mangel zu heben, und sie hat, wie wir gesehen haben, thatsächlich viel dazu beigetragen, um den Gläubiger wirksamer zu sichern.

Vergleichen wir nun mit diesem nachdrücklichen Creditschutze die Lage des Creditgebers nach österreichischem Rechte. Eine gerichtliche Entscheidung[30]) soll zum Ausgangspunkt dienen:

Ein Dachdecker hatte die Eindeckung eines Hauses mit seinem Materiale übernommen und zu diesem Behufe 20 Ballen Dachpappe im Werthe von 136 fl. in das einzudeckende Haus geschafft, als er in Erfahrung brachte, daß das Haus um das Zweifache seines Werthes verschuldet und daß der Eigenthümer zahlungsunfähig sei. Infolge dessen wollte der Dachdecker seine Dachpappe aus dem Hause wegbringen. Der Eigenthümer verweigerte aber die Herausgabe, worauf ihn der Dachdecker auf die Herausgabe der Dachpappe oder Zahlung des Werthbetrages von 136 fl. belangte. Die Klage wurde abgewiesen. In den Gründen heißt es, der Vertrag sei als ein Kaufvertrag anzusehen, von welchem der Kläger nach den §§ 919 und 920 a. b. G. B. nicht einseitig zurücktreten könne, umsoweniger, als der Beklagte zur Erfüllung des Vertrages bereit sei: „dem Kläger bleibt nur übrig, den zum Theil erfüllten Vertrag der Vollendung zuzuführen."

Der Handwerker bekommt also keinen Lohn, es wird ihm nicht einmal das gelieferte Material ersetzt, dagegen bleibt ihm übrig, gemäß § 919 seine Arbeit trotz Insolvenz des Bestellers ruhig fortzusetzen und weiteres Material zu liefern!

Wie ganz anders hätte sich die Lage des Dachdeckers gestaltet, wenn der zahlungsunfähige Besteller in Concurs gerathen wäre! Dann

---

[29]) Ebenso im ung. Entwurfe § 1184 f. Auf Geschäfte über unbewegliche Sachen passen diese strengen Verzugsfolgen nicht — am allerwenigsten auf die Realitäten-Abzahlungsgeschäfte, die so häufig im Dienste einer planmäßig betriebenen, gewissenlosen Ausbeutung stehen. Hier sollte ein gesetzliches Rücktrittsrecht gar nicht, ein vertragsmäßiges nur unter ähnlichen, wenn nicht weitergehenden Einschränkungen zugelassen werden, wie beim Abzahlungsgeschäfte über bewegliche Sachen. Vgl. hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 326 des deutschen B. G. B. auf Realitäten-Abzahlungsgeschäfte das Urtheil des O. L. G. Kiel vom 11. Juni 1901, Rechtsprechung Nr. 54.

[30]) Glaser-Unger, XV, Nr. 6359.

hätte der Dachdecker entweder als Massegläubiger den vollen Lohn erhalten, oder er wäre von der Verpflichtung, die Arbeit fortzusetzen, entbunden worden und hätte seine Dachpappe zurückbekommen (§ 22 C. O.).

Die Concursordnung hat eben das Wesen des gegenseitigen Vertrages gehörig erfaßt. Niemandem will sie zumuthen, seine Pflichten vollständig zu erfüllen, soferne die Gegenverpflichtung wegen Insolvenz nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann.

Das wäre nun wieder ein Gedanke, den wir für das allgemeine Privatrecht verwerthen sollten. § 919 steht nicht im Wege. Diese Gesetzesbestimmung betrifft den Rücktritt wegen Verzuges (Deutsches G. B. § 326), nicht den Rücktritt wegen Insolvenz des Schuldners (Deutsches G. B. § 321); vielmehr setzt § 919 offenbar Zahlungsfähigkeit des Schuldners voraus.[31]) Freilich könnte die Concursordnung hier — anders als in der Compensationslehre — nur zu einer ganz freien Rechtsanalogie, zu einer Argumentation aus dem Geiste der Gesetzgebung die Handhabe bieten.

Aber diese Analogie findet eine kräftige Unterstützung in der Analogie aus § 936 a. b. G. B. Auch nach unserem Rechte wird das Darlehensversprechen (§ 983, 2. Satz) durch Veränderung der Umstände hinfällig, und die Clausel hat nicht etwa die enge Fassung erhalten, in der sie im deutschen Rechte (§§ 321, 610) erscheint; nicht auf die objective, so schwer nachweisbare Verschlechterung der Vermögensverhältnisse kommt es an. Es genügen neue Umstände, welche den Verlust des Credites im subjectiven Sinne (des „Zutrauens") herbeiführen; die nach Abschluß des Vertrages erfolgte Zahlungseinstellung, die Protestirung eines Wechsels, die Durchführung einer Execution können als Zeichen des Vermögensverfalles den Rücktritt des Creditgebers rechtfertigen, ohne daß etwas auf die Frage ankäme, seit wann der Zustand der Insufficienz latent vorhanden war.[32])

Was nun für das Versprechen gilt, ein Darlehen zu geben, muß offenbar auch für das Versprechen gelten, Waaren oder Arbeiten auf Credit zu liefern. Juristisch sind wir die Fälle freilich genau zu unterscheiden gewohnt. Beim Darlehen fassen wir die Creditzusage stets als bloßen Vorvertrag auf, das Darlehen ist ja ein Realcontract. Beim Kauf dagegen sehen wir den endgiltig bindenden Vertrag regelmäßig als schon vor der Lieferung abgeschlossen an, der Kauf ist ja ein Consensualcontract. Aber diese subtile Unterscheidung haben wir einzig und allein historischen Zufälligkeiten des römischen Rechtes zu verdanken. Vom wirthschaftlichen Standpunkte ist die Situation hier und dort die gleiche.

---

[31]) § 919: „Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht; oder nicht zu der gehörigen Zeit; an dem gehörigen Orte; oder auf die bedungene Weise erfüllet; so ist der andere Theil, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern."

[32]) Vergl. Pfaff, Die Clausel rebus sic stantibus, S. 129, Note 1.

Und darum ist die das Zutrauen betreffende Clausel des § 936 auf jede Creditzusage zu beziehen, mag sie sich der juristischen Diagnostik als Vorvertrag darstellen. oder nicht. Im ersten Falle ist eben das Gesetz direct, im zweiten analog anzuwenden.

Dazu kommt noch, daß wir — wie Pfaff gezeigt hat — zur Rechtfertigung des Rücktrittsrechtes gar nicht auf den § 936 allein beschränkt sind. Derselbe Gedanke tritt in einer ganzen Reihe von Gesetzesbestimmungen zutage, und so dürfen wir denn auch für das österreichische Recht uns im Zweifel an folgende Regel halten: Die Creditzusage setzt Zahlungsfähigkeit des Creditnehmers voraus[33]); fällt die Voraussetzung weg, so steht dem Creditgeber das Rücktrittsrecht[34]) zu.

Unser Dachdecker ist also nicht verpflichtet, seine Arbeit ohne sofortige Zahlung oder Sicherstellung fortzusetzen.

So könnte eine freie, in den Geist der gesammten Gesetzgebung eindringende Rechtsanwendung unser bürgerliches Recht leicht auf die Höhe des deutschen erheben.

Von den civilrechtlichen Normen, deren die Praxis bedarf, ist nur ein geringer Theil im a. b. G. B. wirklich ausgesprochen, und je älter das Gesetzbuch wird, desto häufiger läßt es uns im Stich. Die Analogie dagegen ist eine Quelle, die unerschöpflich fortströmt. Nur dürfen wir sie nicht als bloßen Lückenbüßer betrachten, wir müssen uns daran gewöhnen, auch wichtige Grundsätze von großer Tragweite auf Analogie zu stützen. Am allerwenigsten aber dürfen wir uns bei der Ergänzung der Normen des a. b. G. B. durch Analogie auf den engen Kreis des a. b. G. B. beschränken, als hätte Analogie nur die Aufgabe, das Gesetzbuch aus sich selbst zu ergänzen. Im Gegentheile: je weiter das a. b. G. B. hinter uns zurückliegt, umso öfter werden wir genöthigt sein, moderne Rechtssätze — wie dies z. B. auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes bereits herkömmlich ist — im Wege der Analogie abzuleiten aus der modernen Gesetzgebung.

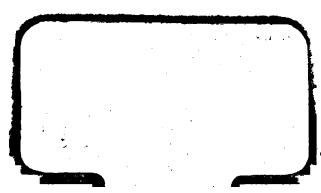
Die Gesetze sind für die Praxis Signallichter, die ihr den Weg weisen — aber nicht rothe, sondern weiße Lichter. Nicht „halt" gebieten sie, sondern auf dem bestimmten Geleise — freie Fahrt!

---

[33]) Entsch. des R. O. H. G. XXIII, S. 137. Erst das B. G. B. hat die Praxis vom geraden Wege — bis auf weiteres — abgedrängt (vergl. die oben Note 27 bezogene Abhandlung). Für uns bleibt dieser Weg (die Lehre von der Voraussetzung) gangbar.

[34]) Pferſche, Irrthumslehre, S. 250; Pfaff, a. a. O. S. 108, Note 3.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.

Printed in Austria